



UOHSX00DQS0R

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0127/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-27928/2020/323/VVá

Brno 8. září 2020

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 6. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Společnost GEMA ART + Gardenline - NM Příroda a Evoluce**, kterou tvoří GEMA ART GROUP a.s., IČO 26437741 se sídlem Haštalská 760/27, 110 00 Praha 1, a Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 27. 3. 2020 JUDr. Mariannou Svobodovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09968, se sídlem Václavská 316/12, 120 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3. 6. 2020, č. j. ÚOHS-16392/2020/512/JHé, ve znění opravného rozhodnutí ze dne 2. 7. 2020, č. j. ÚOHS-20033/2020/512/JHé vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0139/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Národní muzeum**, IČO 00023272, se sídlem Václavské náměstí 1700/68, 115 79 Praha 1, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 3. 4. 2020 JUDr. Jaromírem Císařem, advokátem ev. č. ČAK 7145, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Realizace stálé přírodovědecké expozice s tématem „Příroda“ a „Evoluce“ v Historické budově Národního muzea**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 8. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 8. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-029303, ve znění oprav ze dne 16. 9. 2019 a v Úředním

věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 163-400055, ve znění opravy ze dne 16. 9. 2019, kde dalším účastníkem je vybraný dodavatel –

- **umdasch Story Design a.s.**, IČO 63216281, se sídlem Moravská 949, 570 01 Litomyšl, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 13. 4. 2020 MT Legal, s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 1, 602 00 Brno, doručovací adresa Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0139/2020/VZ, č. j. ÚOHS-16392/2020/512/JHé ze dne 3. 6. 2020, ve znění opravného rozhodnutí č. j. ÚOHS-20033/2020/512/JHé ze dne 2. 7. 2020

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), obdržel dne 27. 3. 2020 návrh navrhovatele – Společnost GEMA ART + Gardenline - NM Příroda a Evoluce, kterou tvoří GEMA ART GROUP a.s., IČO 26437741 se sídlem Haštalská 760/27, 110 00 Praha 1, a Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 27. 3. 2020 JUDr. Mariannou Svobodovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09968, se sídlem Václavská 316/12, 120 00 Praha, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Národní muzeum, IČO 00023272, se sídlem Václavské náměstí 1700/68, 115 79 Praha 1, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 3. 4. 2020 JUDr. Jaromírem Císařem, advokátem ev. č. ČAK 7145, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Realizace stálé přírodovědecké expozice s tématem „Příroda“ a „Evoluce“ v Historické budově Národního muzea“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 8. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 8. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-029303, ve znění oprav ze dne 16. 9. 2019 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 26. 8. 2019 pod ev. č. 2019/S 163-400055, ve znění opravy ze dne 16. 9. 2019 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Dalším účastníkem tohoto řízení je vybraný dodavatel - umdasch Story Design a.s., IČO 63216281, se sídlem Moravská 949, 570 01 Litomyšl, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 13. 4. 2020 MT Legal,

s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 1, 602 00 Brno, doručovací adresa Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2, (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

2. Zadavatel v návaznosti na námitky navrhovatele ze dne 13. 12. 2019 (dále jen „**první námitky**“) zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 28. 11. 2019 (dále jen „**první rozhodnutí o výběru dodavatele**“) a téhož dodavatele následně vyzval k objasnění a doplnění nabídky. Poté, co vybraný dodavatel požadované doplnil, byl na základě rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 10. 2. 2020 (dále jen „**druhé rozhodnutí o výběru dodavatele**“) znovu vybrán k plnění veřejné zakázky. Proti druhému rozhodnutí o výběru dodavatele podal navrhovatel námitky ze dne 2. 3. 2020 (dále jen „**druhé námitky**“). Ty byly zadavatelem odmítnuty rozhodnutím o námitkách ze dne 16. 3. 2020 (dále jen „**druhé rozhodnutí o námitkách**“). V návaznosti na druhé rozhodnutí o námitkách podal navrhovatel výše uvedený návrh.
3. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
4. Dle navrhovatele nabídka vybraného dodavatele ke dni podání nabídky nesplnila všechny zadávací podmínky a zadavatel se ověřením jejich splnění dostatečně nezabýval. Navrhovatel dále tvrdil, že ze strany zadavatele byla vybranému dodavateli umožněna zakázaná změna nabídky a ani po této změně nabídky dle navrhovatele nabídka vybraného dodavatele všechny zadávací podmínky nesplňovala. Dále navrhovatel tvrdil, že se zadavatel dopustil porušení § 6 odst. 1 a 2 zákona, když nedodržel zásady přiměřenosti a transparentnosti a zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace, a to ve spojení s § 39 odst. 2 písm. a) a odst. 4 zákona při posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, ve spojení s § 104 písm. a) zákona při nedodržení dalších podmínek pro uzavření smlouvy, ve spojení s § 123 zákona neuvedením seznamu dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci v zadávacím řízení. Dle navrhovatele se zadavatel dále nevyjádřil podrobně a srozumitelně ke skutečnostem uvedeným v námitkách navrhovatele. Navrhovatel se proto domáhal zrušení všech výše uvedených úkonů zadavatele v zadávacím řízení. Dále se navrhovatel domáhal toho, aby byl vybraný dodavatel dle § 48 odst. 8 ve spojení s § 46 odst. 2 písm. a) a c) zákona vyloučen ze zadávacího řízení.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 3. 6. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0139/2020/VZ, č. j. ÚOHS-16392/2020/512/JHé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
6. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl, že se návrh navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, a v části se správní řízení zastavuje, neboť část návrhu nebyla Úřadu doručena ve lhůtě podle zákona.
7. Zastavení řízení v části návrhu týkající se vyloučení vybraného dodavatele na základě § 48 odst. 8 zákona odůvodnil Úřad tím, že navrhovatel mohl návrh v této části podat již po rozhodnutí o námitkách ze dne 20. 12. 2020 (dále jen „**první rozhodnutí o námitkách**“). Zadavatel prvním rozhodnutím o námitkách částečně vyhověl navrhovateli, když zrušil první rozhodnutí o výběru dodavatele. Vybraný dodavatel však vyloučen nebyl, ač se toho navrhovatel v námitkách domáhal. Úřad proto dospěl k závěru, že již po prvním

rozhodnutí o námitkách mohl navrhovatel podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, případně námitky proti úkonu, kterým zadavatel zrušil první rozhodnutí o výběru dodavatele. Protože navrhovatel podal návrh až v návaznosti na druhé rozhodnutí o námitkách, které bylo vydáno v návaznosti na námitky navrhovatele proti druhému rozhodnutí o výběru dodavatele, Úřad shledal, že tak učinil po lhůtě stanovené zákonem.

8. Úřad dále uvedl, že rozhodnutí zadavatele o námitkách splňuje náležitosti požadované zákonem a námitky, které navrhovatel označil jako nevypořádané, byly vypořádány dostatečně. Úřad dále konstatoval, že doplnění referencí se nepovažuje za změnu nabídky, pokud tyto nejsou předmětem hodnocení nabídky, ale jsou předkládány pouze v souvislosti s objasněním kvalifikace, respektive s posouzením jejího splnění. Úřad neshledal, že by byly vybraným dodavatelem předložené reference v rozporu se zadávacími podmínkami. Úřad také odmítl námitky týkající se obsahu poddodavatelského závazku, souladu pojistné smlouvy se zadávacími podmínkami a obsahu oznámení o výběru dodavatele, když je neshledal důvodnými.
9. Dne 2. 7. 2020 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-20033/2020/512/JHé, kterým opravil chybné datum ve výroku I napadeného rozhodnutí týkající se data vydání rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele.

III. Rozklad navrhovatele

10. Dne 22. 6. 2020 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 8. 6. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

11. Navrhovatel k výroku I napadeného rozhodnutí uvádí, že svým návrhem skutečně napadá postup zadavatele spočívající v tom, že nevyločil vybraného dodavatele v rozporu s § 48 odst. 8 zákona. Napadá však nikoliv konkrétní úkon, ale nezákonnost, která nebyla zhojena dalším postupem zadavatele. Dle navrhovatele se ve vztahu k § 48 odst. 8 zákona jedná o trvající pochybení zadavatele, které trvalo i v době druhého rozhodnutí o výběru dodavatele.
12. Navrhovatel namítá, že se Úřad nevypořádal s jeho argumentací uceleně a naopak tuto argumentaci nepřipustně a nedůvodně redukoval jak časově, tak věcně. Podle navrhovatele dospěl Úřad ve výroku I napadeného rozhodnutí k tomu, že *„jakýkoliv postup zadavatele, bez ohledu na to, zda je nebo není v rozporu se zákonem či jiným právním předpisem a zda byl následně zhojen v rámci zadávacího řízení, nemá být součástí přezkumu Úřadem“*.
13. Pokud Úřad shledal, že část návrhu je podána opožděně, neměl rezignovat na posouzení předchozího postupu zadavatele a měl posoudit předmětnou část návrhu jako podnět k zahájení řízení z moci úřední.
14. Navrhovatel uvádí, že v případě referenční zakázky poddodavatele umdasch Store Makers Management GmbH není sporné, že nespĺňuje zadávací podmínky, které měly vliv na posouzení podmínek účasti. Navrhovatel má navíc za to, že tato referenční zakázka obsahuje nepravdivé informace. Vybraný dodavatel přitom touto nepravdivou referenční zakázkou stále prokazuje svoji kvalifikaci, a proto musí být zadavatelem vyloučen. Vybraný

dodavatel dle navrhovatele konkrétně v řízení před Úřadem uvedl, že nově doložené doklady stojí vedle dokladů původních.

15. Navrhovatel dále upozorňuje na skutečnost, že Úřad ve své argumentaci využívá také komentářovou literaturu, jejímž autorem je mimo jiné autorský tým právního zástupce vybraného dodavatele, a Úřad tuto skutečnost v napadeném rozhodnutí neuvedl.
16. Stěžejní argumentace navrhovatele spočívá v nesouhlasu se závěrem Úřadu, že byl vybraný dodavatel oprávněn dokládat nové údaje na základě výzvy zadavatele podle § 46 zákona. Vybraný dodavatel změnil údaje prokazující jeho technickou kvalifikaci ve vztahu k referenčním zakázkám, když změnil právě tyto referenční zakázky. Navrhovatel má za to, že taková změna není doplněním nebo objasněním údajů a dokladů podle zákona, když fakticky došlo k předložení odlišného seznamu významných dodávek obsahujícího odlišné referenční zakázky. Podle zadavatele se tak jedná o nedovolenou materiální změnu nabídky, když § 46 zákona umožňuje doplnění a objasnění drobných nedostatků a spíše formálních chyb.
17. Podle navrhovatele bylo rozhodnutí č. j. ÚOHS-12505/2020/323/MBr ze dne 27. 4. 2020 učiněno v právně a skutkově odlišné situaci a není tak přílehlavé. Naopak Úřad přehlíží odůvodnění rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc a jeho reflexi a přijetí v praxi, na které navrhovatel opakovaně odkazoval.
18. Navrhovatel odmítá závěry Úřadu, že je nerozhodné, kdo má na základě zadávacího řízení plnit veřejnou zakázku.
19. Navrhovatel také zpochybňuje závěry Úřadu ohledně doplněných referenčních zakázek. U referenční zakázky A nelze souhlasit se závěrem Úřadu ohledně předmětu zakázky. Úřad dle navrhovatele zaměňuje hlavní a vedlejší předmět veřejné zakázky. Odůvodnění Úřadu u referenční zakázky B je pak nesrozumitelné, když Úřad zřejmě směšuje dohromady dvě různé referenční zakázky. U referenční zakázky C nejsou uvedeny všechny rozhodné údaje a u referenční zakázky D má navrhovatel za prokázané, že nesplňuje zadávací podmínky z důvodu doby jejího dokončení.
20. Navrhovatel ve vztahu k poddodavatelskému závazku uvádí, že ačkoliv obecně souhlasí se závěrem Úřadu o tom, že závazek poddodavatele je zřejmě v souladu se zákonem, nedá se tak říct o druhém oznámení o výběru dodavatele ze dne 18. 2. 2020 (dále jen „**druhé oznámení o výběru dodavatele**“) a druhém rozhodnutí o námitkách, neboť pokud by v těchto dokumentech byly uvedeny úplné a přesné údaje o závazku poddodavatele, nepodával by navrhovatel v této části návrh. Úřad měl v napadeném rozhodnutí konstatovat a zohlednit tento nedostatek zmíněných dokumentů.
21. Navrhovatel dále brojí proti postupu Úřadu, kterým byl aprobován postup zadavatele, který v rozporu se zadávacími podmínkami přijal pojistnou smlouvu výslovně neobsahující pojištění pro případ odpovědnosti smluvních partnerů a poddodavatelů vybraného dodavatele. Navrhovateli také není známo, na základě jakého ustanovení zákona není Úřad kompetentní k posuzování pojistné smlouvy jako takové. To považuje navrhovatel za rezignaci na věcný přezkum v rozporu se zákonem.
22. Navrhovatel má na rozdíl od Úřadu za to, že § 123 písm. b) zákona požaduje, aby součástí oznámení o výběru dodavatele byly veškeré doklady, které dodavatel předložil k prokázání

kvalifikace, a nikoliv pouze ty, kterými dodavatel svou kvalifikaci skutečně či domněle prokázal.

Závěr rozkladu

23. Navrhovatel navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí v obou výrocích zrušeno.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

24. Zadavatel uvádí, že by preferoval, kdyby se Úřad zastavenou částí návrhu zabýval věcně, ale uznává, že napadené rozhodnutí je zcela v souladu se zákonem. V žádném případě tak dle zadavatele nedošlo k nezákonnému zúžení předmětu řízení. Pokud navrhovatel již v prvních námitkách uvádí, že jedna z referenčních zakázek nesplňuje požadavky zadavatele a zároveň zastává názor, že další referenční zakázky není možno k prokázání kvalifikace předkládat, měl již po prvním rozhodnutí o námitkách veškeré potřebné informace k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.
25. Zadavatel má za to, že názor navrhovatele ohledně nemožnosti předložit na místo nevyhovujících dokladů prokazujících kvalifikaci doklady vyhovující na výzvu zadavatele je v souladu se zákonem a opačný názor by znamenal nevyužitelnost § 46 zákona, když by musel být vybraný dodavatel po předložení jakýchkoliv vadných dokladů vyloučen bez ohledu na možné další doplnění. Je na zadavateli, zda přistoupí k vyloučení vybraného dodavatelem nebo zruší rozhodnutí o výběru dodavatele a vyzve jej dle § 46 zákona.
26. Zadavatel dále uvádí, že předmětem materiální nabídky byla pouze nabídková cena. Tvzení, že vybraný dodavatel svoji nabídku po materiální stránce změnil, je tedy nesprávné. Zajištění jakýchkoliv poddodavatelů nebylo předmětem nabídky.
27. Zadavatel nesouhlasí se závěry navrhovatele, které se týkají údajného nesplnění technické kvalifikace nezpůsobilými referenčními zakázkami, poddodavatelského závazku, znění pojistné smlouvy a kompetencí Úřadu, a seznamu dokladu uvedených v oznámení o výběru dodavatele.
28. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu

29. Vybraný dodavatel konstatuje, že zcela souhlasí se závěry napadeného rozhodnutí a považuje jej za právně bezvadné.
30. Argumentace navrhovatele, dle které opakovaně a bez jakéhokoliv důkazu tvrdí, že vybraný dodavatel nesplnil požadavky zadavatele vymezené v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, se proto jeví jako účelová snaha zmařit účast vybraného dodavatele v zadávacím řízení. Vybraný dodavatel dle svého tvrzení jednoznačně prokázal, že splňuje veškeré podmínky účasti v zadávacím řízení vymezené zadavatelem.
31. Vybraný dodavatel má za to, že byl zadavatel oprávněn zrušit rozhodnutí o výběru dodavatele a postupovat podle § 46 zákona ve chvíli, kdy neměl postaveno najisto, zda vybraný dodavatel prokázal splnění kvalifikace v souladu se zadávací dokumentací.

32. Vybraný dodavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

33. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
34. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K zastavení řízení o části návrhu

35. Navrhovatel uvádí, že svým návrhem skutečně napadá postup zadavatel spočívající v tom, že nevyloučil vybraného dodavatele v rozporu s § 48 odst. 8 zákona. Napadá však nikoliv konkrétní úkon, ale nezákonnost, která nebyla zhojena dalším postupem zadavatele. Dle navrhovatele se ve vztahu k § 48 odst. 8 zákona jedná o trvajícím pochybení zadavatele, které trvalo i v době druhého rozhodnutí o výběru dodavatele.
36. Pro přehlednost považuje předseda Úřadu za účelné shrnout zásadní procesní okamžiky zadávacího řízení:
- dne 28. 11. 2019 zadavatel vydal první rozhodnutí o výběru dodavatele
 - dne 13. 12. 2019 navrhovatel podal první námitky
 - dne 20. 12. 2019 zadavatel zrušil první rozhodnutí o výběru dodavatele (námitkám rozhodnutím částečně vyhověl, ale vybraného dodavatele nevyloučil)
 - dne 13. 1. 2020 zadavatel vyzval vybraného dodavatele podle § 46 zákona
 - dne 10. 2. 2020 zadavatel vydal druhé rozhodnutí o výběru dodavatele
 - dne 2. 3. 2020 navrhovatel podal druhé námitky
 - dne 16. 3. 2020 zadavatel druhé námitky odmítl druhým rozhodnutím o námitkách
 - dne 27. 3. 2020 navrhovatel podal návrh
37. Předseda Úřadu je úvodem nucen konstatovat, že argumentace navrhovatele je v této části poněkud rozporná. Jak poukázal i zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu, z rozkladu navrhovatele a z jeho celkového postoje v řízení je jasné, že navrhovatel má za to, že významná dodávka vybraného dodavatele s názvem „Projekční audiovizuální systém pro pavilon ČR na světové výstavě EXPO 2015 v Miláně – Laboratoř Ticha“ je v rozporu se zadávacími podmínkami (již v prvních námitkách navrhovatel uvádí, že „jednoznačně vyplývá (byť z neúplných údajů) v Oznámení o výběru dodavatele, že tato předložená

reference nesplňuje požadavky Zadavatele“). Zároveň stěžejní argumentací návrhu i rozkladu navrhovatele je skutečnost, že dodavatel nemůže v návaznosti na žádost zadavatele podle § 46 zákona doložit nové doklady prokazující kvalifikaci, neboť se jedná o nepovolenou změnu nabídky.

38. Z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel má za to, že vybraný dodavatel měl být vyloučen pro nesoulad nabídky se zadávacími podmínkami. Vzhledem k tomu, že zadavatel nepřistoupil v návaznosti na první námítky k vyloučení vybraného dodavatele, ale pouze ke zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele (prvním námítkám navrhovatele bylo vyhověno pouze částečně), mohl se navrhovatel bránit několika způsoby, jak uvedl i Úřad v bodě 114 napadeného rozhodnutí – navrhovatel mohl podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v návaznosti na první rozhodnutí o námítkách nebo mohl podat námítky proti rozhodnutí o zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele.
39. Navrhovatel však neučinil žádné z těchto podání a lze tak předpokládat, že byl v danou dobu s výsledkem prvních námitek spokojen a očekával, že je možné, že ho při opakovaném výběru dodavatele zadavatel vybere k plnění veřejné zakázky. To se však nestalo a navrhovatel v rámci druhých námitek a v rámci návrhu brojil částečně proti stejnému údajnému pochybení zadavatele.
40. Stejně jako Úřad mám pro výše uvedené za to, že navrhovatel mohl podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v části, že navrhovatel nevyloučil vybraného dodavatele, ačkoliv tento nesplnil zadávací podmínky, již po prvním rozhodnutí o námítkách, respektive mohl podat námítky proti rozhodnutí o zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele, tedy nejpozději do 30. 12. 2019, respektive 6. 1. 2020. K tomu odkazují také na § 245 odst. 2 zákona.
41. K tvrzení navrhovatele, že se jedná o trvalý pochybení zadavatele, předseda Úřadu sděluje, že údajné zadavatelovo pochybení sice pro navrhovatele znovu vyvstalo po druhém rozhodnutí o výběru dodavatele, nicméně existovalo již i po prvním rozhodnutí o námítkách. Zákon ani správní řád nezná ničeho jako trvalý pochybení, ale zná okamžik počátku běhu lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, případně námitek proti rozhodnutí o zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele ve vztahu k vyloučení (respektive nevyloučení) vybraného dodavatele, který nastal dne 20. 12. 2019.
42. To, že pro navrhovatele nastala totožná situace i po druhém rozhodnutí o námítkách (nevyloučení vybraného dodavatele) neznamena, že důvody této situace nenastaly již dříve a navrhovatel na ně nemohl adekvátně reagovat. I pokud by předseda Úřadu shledal argumentaci navrhovatele týkající se „trvalého pochybení“ jako důvodnou, muselo by mít dané trvalý pochybení počátek v určitý okamžik. Takový okamžik je pak počátkem běhu lhůty (respektive skutečností rozhodnou pro počátek běhu lhůty), ať už dané pochybení trvá dále či nikoliv.
43. Zadavatel na základě námitek navrhovatele nevyloučil vybraného dodavatele již prvním rozhodnutím o námítkách a navrhovatel se tak mohl bránit ve výše uvedených lhůtách.
44. Výše uvedené podporuje i fakt, že návrhová argumentace k vyloučení vybraného dodavatele obsáhle reaguje již na první oznámení o výběru dodavatele, když navrhovatel například uvádí, že „údaje a doklady uvedené Vybraným dodavatelem k prokázání technické

kvalifikace, které byly obsaženy v Prvním oznámení o výběru dodavatele, nesplňují zadávací podmínky a neodpovídají skutečnosti“. Argumentaci navrhovatele nelze pro výše uvedené přisvědčit.

45. K dalším tvrzením navrhovatele předseda Úřadu doplňuje, že i pokud je účastník řízení již v pozici vybraného dodavatele, je možné jej vyzývat podle § 46 zákona k objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů. Smyslem ustanovení § 46 zákona je totiž především vyhnout se takovému formalismu, který by zadavatele nutil vyloučit účastníka plně způsobilého k plnění veřejné zakázky na základě chyb a nejasností, které nemají vliv na hodnocení nabídky, a to ať už je v pozici dodavatele či již vybraného dodavatele.
46. Nelze tak učinit závěr, který dovozuje navrhovatel, že by byl zadavatel automaticky povinen vybraného dodavatele vyloučit podle § 48 odst. 8 zákona, pokud by zjistil, že jsou naplněny důvody podle § 48 odst. 2 zákona nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c) téhož ustanovení. Takový závěr by odporoval smyslu ustanovení § 46 zákona. Právo zadavatele požadovat objasnění nebo doplnění se totiž vztahuje na všechny účastníky zadávacího řízení. Význam existence a účelu § 46 zákona by pak byl při navrhovatelem uváděném závěru týkajícím se § 48 odst. 8 a § 48 odst. 2 zákona poněkud omezen, když by popíral právě výše uvedený smysl § 46 zákona.
47. Zadavatel navíc nejdříve přistoupil v návaznosti na první námitky navrhovatele ke zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele a až poté k žádosti podle § 46 zákona a nelze shledat, že by tak postupoval neoprávněně, když tím navíc částečně vyhověl prvními námitkám navrhovatele. Závěr, že by byl zadavatel povinen bez dalšího vyloučit vybraného dodavatele z výše uvedených důvodů, aniž by byl oprávněn postupovat tak, jak postupoval zadavatel v tomto případě (zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele a následná žádost podle § 46 zákona), případně jej požádat podle § 46 zákona i v pozici vybraného dodavatele, je tak nesprávný.
48. Navrhovatel dále namítá, že Úřad v odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že *„jakýkoliv postup zadavatele, bez ohledu na to, zda je nebo není v rozporu se zákonem či jiným právním předpisem a zda byl následně zhojen v rámci zadávacího řízení, nemá být součástí přezkumu Úřadem“.* Předseda Úřadu k tomu uvádí, že žádný takový závěr v napadeném rozhodnutí neidentifikoval a dodává, že navrhovateli nebyla upřena možnost podat návrh ve všech jeho částech řádně a včas.
49. Podle navrhovatele neměl Úřad, pokud shledal, že část návrhu je podána opožděně, rezignovat na posouzení předchozího postupu zadavatele a měl posoudit předmětnou část návrhu jako podnět k zahájení řízení z moci úřední.
50. K tomu předseda Úřadu uvádí, že opožděné podání může iniciovat činnost Úřadu vedoucí k zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední. Zahájení takového řízení je však plně v dispozici Úřadu a na jeho zahájení není právní nárok. Úřad posoudí, zda jsou splněny podmínky pro zahájení správního řízení z moci úřední, a dospěje-li k názoru, že splněny jsou, řízení zahájí bez ohledu na to, jakým způsobem se o nich dozvěděl.
51. Námitku navrhovatele, že Úřad měl danou část návrhu posoudit jako podnět k zahájení řízení z moci úřední, nepovažují ve vztahu k obsahu výroku I napadeného rozhodnutí

za relevantní, neboť tento výrok nijak nevyovídá o postupu Úřadu ve věci eventuálního zahájení řízení z moci úřední, nýbrž o postupu Úřadu ve věci návrhu navrhovatele.

52. Úřad tak postupoval správně, když řízení v této části pro opožděné podání návrhu zastavil. Námitky navrhovatele neshledávám důvodnými, a proto je odmítám.

Ke změně referenčních zakázek prokazujících kvalifikaci

53. Navrhovatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že byl vybraný dodavatel oprávněn dokládat nové údaje na základě výzvy zadavatele podle § 46 zákona. Vybraný dodavatel změnil údaje prokazující jeho technickou kvalifikaci ve vztahu k referenčním zakázkám, když vyměnil právě tyto referenční zakázky. Navrhovatel má za to, že taková změna není doplněním nebo objasněním údajů a dokladů podle zákona, když fakticky došlo k předložení odlišného seznamu významných dodávek obsahujícího odlišné referenční zakázky. Podle zadavatele se tak jedná o nedovolenou materiální změnu nabídky, když § 46 zákona umožňuje doplnění a objasnění drobných nedostatků a spíše formálních chyb.
54. Je potřeba rozlišit situace z rozhodnutí uváděném navrhovatelem a rozhodnutí, které ve své argumentaci využil Úřad. V navrhovatelem citovaném rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc změnil dodavatel nabídku tak, že fakticky vyměnil jím nabízené zboží za jiné. Ani zde se nejednalo o předmět hodnocení, když jediným hodnotícím kritériem byla nabídková cena, ale je nasnadě, že se v případě faktické změny plnění o změnu nabídky jedná. Naproti tomu rozhodnutí č. j. ÚOHS-12505/2020/323/MBr citované Úřadem je předmětnému skutkovému stavu mnohem bližší, když se jednalo o doplnění referencí v návaznosti na žádost zadavatele podle § 46 zákona.
55. V druhém uvedeném rozhodnutí, kterým argumentoval i Úřad, je uvedeno: *„Je obvyklé, že dodavatelé často disponují řadou referencí, a obecně lze konstatovat, že posouzení, zda určitá reference odpovídá konkrétním specifickým požadavkům zadavatele, je pro dodavatele s ohledem na značnou rozmanitost zadavateli požadovaných plnění značně složitě. Jestliže tedy dodavatel, resp. účastník zadávacího řízení předloží v zadávacím řízení jednu ze svých referencí, o které má za to, že nejlépe odpovídá požadavkům zadavatele, a zadavatel se však s ‚výběrem‘ reference účastníka zadávacího řízení neztotožní, bez dalšího to neznamena, že není kvalifikován veřejnou zakázku plnit. Pokud je fakticky možné jednu referenci účastníka zadávacího řízení nahradit jinou, pak je v zájmu zadavatele, takovou ‚změnu‘ připustit. Zabrání se totiž tomu, aby došlo k vyloučení kvalifikovaného účastníka zadávacího řízení jen proto, že právě předloženou referenci zadavatel považuje za nedostatečně průkaznou či neodpovídající jeho požadavkům. **Je třeba si uvědomit, že dodavatel, resp. účastník zadávacího řízení ve své podstatě kvalifikovaný buď je, nebo není** (zvýraznění doplněno předsedou Úřadu).“*
56. Dále je v citovaném rozhodnutí uvedeno, že: *„Tento institut tedy nemíří pouze na ověření konkrétních informací vyplývajících z již předložených dokumentů, ale na ověření splnění podmínek účasti účastníka zadávacího řízení ve své podstatě. Pokud tedy účastník zadávacího řízení na základě žádosti zadavatele doplnil nové ‚reference‘, které nebudou hodnoceny, pak je takový postup v souladu se zákonem. **Je tím totiž ověřena pouze schopnost účastníka zadávacího řízení plnit předmět veřejné zakázky a nedochází k materiální změně nabízeného plnění** (zvýraznění doplněno předsedou Úřadu). Proto je možno připustit doložení dalších/nových dokladů prokazujících splnění podmínek*

účasti (za podmínek stanovených § 46 odst. 1 a 2 zákona). (...) V nyní posuzované věci se tedy navrhovatel nedopustil pochybení, když v rámci odpovědi na žádost zadavatele o vysvětlení své nabídky, doplnil ke svému vysvětlení i nově předložené reference. Tyto nově předložené reference nelze považovat za nepřípustnou změnu nabídky ve smyslu zákona.“

57. Předseda Úřadu dále konstatuje, že nová právní úprava zadávání veřejných zakázek doznala oproti již neúčinné právní úpravě v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v oblasti týkající se problematiky změny a doplnění nabídky podstatných změn. Těmito změnami zákonodárce poskytl zadavatelům významný nástroj, který má za cíl podpořit širší soutěž o veřejnou zakázku, a jehož účelem je dát zadavateli možnost „ponechat“ v zadávacím řízení nabídku, která sice obsahuje chyby, nicméně se nejedná o takové chyby, které by měly vliv na nabídkovou cenu, popř. obecně o chyby v údajích, které budou hodnoceny. V takovém případě tedy zadavatel není nucen vyřadit jinak ekonomicky nejvýhodnější nabídku z důvodu chyb, které nemají vliv na hodnocení nabídky. Podle znění § 46 zákona jsou tedy účastníci zadávacího řízení oprávněni odstranit formální chyby své nabídky, přičemž pokud tyto chyby nemají vliv na nabídkovou cenu a nejsou předmětem hodnocení, nejedná se o nepřípustnou změnu nabídku.
58. V této souvislosti předseda Úřadu zároveň odkazuje na čl. 56 odst. 3 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**směrnice**“), kde je uvedeno, že „[p]okud jsou informace nebo dokumenty, které mají hospodářské subjekty předložit, neúplné nebo nesprávné nebo se tak jeví, nebo pokud určité dokumenty scházejí, mohou veřejní zadavatelé dotčené hospodářské subjekty požádat o předložení, rozšíření, upřesnění nebo doplnění příslušných informací nebo dokumentů v přiměřené lhůtě, pokud takovou žádost vnesou v plném souladu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti a pokud vnitrostátní právní předpisy, jimiž se provádí tato směrnice, nestanoví jinak“. I ze znění směrnice tak vyplývá, že v případě, že dodavatel předloží dokumenty, které jsou nesprávné, může zadavatel dotčené dodavatele požádat o předložení příslušných dokumentů, nestanoví-li zákon jinak, přičemž jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí i napadeného rozhodnutí, zákon v tomto směru neobsahuje odlišnou právní úpravu než citovaná směrnice.
59. S ohledem na předmětné ustanovení § 46 zákona (které je dle názoru Úřadu zároveň v souladu se zněním směrnice) nelze postup zadavatele v nyní šetřené věci považovat za nepřípustnou změnu nabídky, neboť vybraným dodavatelem doplněné údaje neměly vliv na nabídkovou cenu a nebyly ani předmětem hodnocení. Předmětem hodnocení byla nabídková cena, která zůstala nezměněna a tedy hodnoty, které byly předmětem hodnocení, zůstaly zachovány. Účel zákona tak byl postupem zadavatele naplněn, neboť byla vybrána ekonomicky nejvýhodnější nabídka, která sice obsahovala určité nejasnosti, nicméně ty byly dle zadavatele postupem podle § 46 odst. 1 zákona odstraněny, přičemž dotčené dokumenty nebyly hodnoceny podle kritérií hodnocení.
60. Předseda Úřadu se tak ztotožňuje s odůvodněním Úřadu k této části napadeného rozhodnutí, na které ve zbytku odkazuje. Opakuji, že v případě posouzení kvalifikace obecně platí, že dodavatel buď kvalifikován je, nebo kvalifikován není. Není pak důvod vylučovat dodavatele, který je plně kvalifikován pro plnění veřejné zakázky, pokud je schopen problematické či nejasné referenční zakázky vyměnit (nebo doplnit jinými) za ty, které jednoznačně prokazují splnění zadávacích podmínek.

61. Pokud navrhovatel rozporuje závěr Úřadu o neomezené možnosti měnit nabídku, je potřeba ho opravit a uvést, že takový závěr se v napadeném rozhodnutí nevyskytuje a ani Úřad ani předseda Úřadu v tomto rozhodnutí neschvalují možnost dodavatelů neomezeně měnit nabídky. Nabídku je možno doplňovat v souladu s § 46 zákona, přičemž zákon stanovuje, kdy se doplnění za změnu nabídky nepovažuje. Vzhledem k tomu, že vybraný dodavatel nevybočil ze zákonem stanoveného rámce, nelze shledat vadu v postupu zadavatele, který jej nevyloučil.
62. Uzavírám tedy, že se nejedná o nepovolenou změnu nabídky, neboť vybraný dodavatel pouze doplnil doklady k prokázání své existující kvalifikace (zadavatel disponoval dalšími referenčními zakázkami, kterými kvalifikaci prokázat mohl).
63. Nemohu se tak ztotožnit s námitkami navrhovatele, a proto je odmítám.
Ke splnění kvalifikace referenčními zakázkami
64. Navrhovatel zpochybňuje závěry Úřadu ohledně doplněných referenčních zakázek. U referenční zakázky A nelze souhlasit se závěrem Úřadu ohledně předmětu zakázky. Úřad dle navrhovatele zaměňuje hlavní a vedlejší předmět veřejné zakázky. Odůvodnění Úřadu u referenční zakázky B je pak nesrozumitelné, kdy Úřad zřejmě směšuje dohromady dvě různé referenční zakázky. U referenční zakázky C nejsou uvedeny všechny rozhodné údaje a u referenční zakázky D má navrhovatel za prokázané, že nespĺňuje zadávací podmínky z důvodu doby jejího dokončení.
65. K referenční zakázce A předseda Úřadu uvádí, že se plně ztotožňuje s odůvodněním Úřadu v bodech 142 a 143 napadeného rozhodnutí. Úřad z dokumentu „Referenční list zakázky“ ze dne 1. 12. 2015 zjistil, že předmětem díla byla realizace interaktivní audiovizuální expozice pro český pavilon na světové výstavě EXPO 2015 v Miláně.
66. Nelze souhlasit s navrhovatelem, že by snad audiovizuální část expozice měla být vedlejším předmětem veřejné zakázky a na základě jím zmíněného rozhodnutí by se neměla počítat do konečného objemu ceny veřejné zakázky. Pokud je předmět této referenční zakázky a samotná expozice uvedena přívlastky „interaktivní“ a „audiovizuální“, nelze hovořit o tom, že by se mělo v případě audiovizuálního prvku expozice jednat o vedlejší předmět této zakázky. Předseda Úřadu naopak souhlasí se závěrem Úřadu, že se jedná o jeden celek, jehož součástí je expoziční interiér obsahující audiovizuální prvky jako nedílnou součást popřávaného díla.
67. Celková realizace expozičního interiéru v rámci referenční zakázky A tak splňuje požadavky zadávací dokumentace na obdobnost předmětu referenčních zakázek ve vztahu k veřejné zakázce.
68. Co se týká referenční zakázky B, navrhovatel uvádí, že odůvodnění Úřadu je v bodech 145 a 146 napadeného rozhodnutí nesrozumitelné, když Úřad zřejmě směšuje dvě různé referenční zakázky. Proto má být odůvodnění Úřadu neúplné, nesprávné a zřejmě též nepřezkoumatelné.
69. Navrhovatel kromě tohoto konstatování nijak blíže nspecifikuje, v čem údajné směšování referenčních zakázek má spočívat, stejně jako neuvádí, v čem je odůvodnění neúplné, nesprávné a nepřezkoumatelné. Vzhledem k tomu, že jsem v odůvodnění Úřadu výše zmíněné vady neshledal a navrhovatel v rozkladu nenabízí žádnou argumentaci, kterou

by předseda Úřadu ve vztahu k této námitce mohl vypořádat, nemohu jeho konstatování přisvědčit.

70. Navrhovatel i ve vztahu k referenční zakázce C uvádí jen obecná sdělení, když konkrétně jeho námitka k této referenční zakázce zní: *„Navrhovatel rovněž namítá, že ani u referenční zakázky C tak nejsou uvedeny všechny rozhodné údaje, a tedy má i nadále důvodné pochybnosti o tom, že tato splňuje zadávací podmínky.“*
71. I návrhová námitka k této referenční zakázce byla velmi obecná a Úřad se k ní vyjádřil zcela dostatečně a správně v bodech 147 a 148 napadeného rozhodnutí. Navrhovatel v rozkladu nepřináší žádnou novou argumentaci, respektive nepřináší žádnou argumentaci, kterou by se předseda Úřadu mohl zabývat (není zmíněno ani to, které rozhodné údaje by měly chybět). Uvádím tedy pouze to, že s odůvodněním Úřadu ve vztahu k této referenční zakázce souhlasím a nenalézám v něm žádné vady.
72. Úřad po zhodnocení referenčních zakázek A, B a C správně shledal, že tyto nejsou v rozporu s požadavky zadavatele na technickou kvalifikaci. Pro výše uvedené činí stejný závěr i předseda Úřadu, přičemž souhlasí i s postupem Úřadu týkajícím se posouzení referenční zakázky D. Její posouzení je již nadbytečné, jelikož zadavatel požadoval k prokázání kvalifikace pouze 3 referenční zakázky.
73. Námitku navrhovatele týkající se nesplnění kvalifikace referenčními zakázkami je tak nutno odmítnout.

K poddodavatelskému závazku

74. Navrhovatel ve vztahu k poddodavatelskému závazku uvádí, že ačkoliv obecně souhlasí se závěrem Úřadu o tom, že závazek poddodavatele je zřejmě v souladu se zákonem, nedá se tak říct o druhém oznámení o výběru dodavatele a druhém rozhodnutí o námitkách, neboť pokud by v těchto dokumentech byly uvedeny úplné a přesné údaje o závazku poddodavatele, nepodával by navrhovatel v této části návrh. Úřad měl v napadeném rozhodnutí konstatovat a zohlednit tento nedostatek zmíněných dokumentů.
75. Předseda Úřadu uvádí, že druhé oznámení o výběru dodavatele obsahuje na straně 3 u odrážky týkající se písemného závazku *„poddodavatelů k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal kvalifikaci za dodavatele“* následující konstatování ve vztahu k poddodavatelskému závazku společnosti FULL CAPACITY s.r.o. s vybraným dodavatelem: *„smlouva o uzavření budoucí smlouvy ze dne 16.1.2020 a její dodatek č. 1 ze dne 16.1.2020, kterými se smluvní strany zavazují uzavřít smlouvu o dílo na poddodavatelské práce, jejímž předmětem bude závazek poddodavatele podílet se na realizace veřejné zakázky v rozsahu, v jakém prokazuje kvalifikaci za dodavatele.“*
76. Obdobná citace je využita i v druhém rozhodnutí o námitkách, konkrétně i v návrhovatelem zmiňovaném bodu 37. Pokud tedy Úřad v bodě 26 napadeného rozhodnutí uvedl, že dle Úřadu *„se poddodavatel FULL CAPACITY zavázal k poskytnutí plnění k předemtné veřejné zakázce minimálně v rozsahu, jakým za vybraného dodavatele prokazoval kvalifikaci“* a výše jsem uvedl, že totožné závěry obsahovalo i druhé oznámení o výběru dodavatele a druhé rozhodnutí o námitkách, nemohu přisvědčit navrhovatelovu tvrzení, že v těchto

dokumentech nebyly uvedeny „úplné a přesné údaje o závazku poddodavatele, které tak pro navrhovatele uvedl v zákonném rozsahu až Úřad“.

77. Vzhledem k tomu, že ani tato námitka navrhovatele není důvodná, je nutno ji pro výše uvedené odmítnout.

K pojistné smlouvě

78. Navrhovatel dále brojí proti postupu Úřadu, kterým byl aprobován postup zadavatele, který v rozporu se zadávacími podmínkami přijal pojistnou smlouvu výslovně neobsahující pojištění pro případ odpovědnosti smluvních partnerů a poddodavatelů vybraného dodavatele. Navrhovateli také není známo, na základě jakého ustanovení zákona není Úřad kompetentní k posuzování pojistné smlouvy jako takové. To považuje navrhovatel za rezignaci na věcný přezkum v rozporu se zákonem.
79. Čl. X smlouvy o dílo zní: *„Zhotovitel prohlašuje, že je pojištěn v následujícím rozsahu: pojištění pro případ odpovědnosti za škodu vzniklou Objednateli či jinému subjektu způsobené při provádění nebo v souvislosti s prováděním Díla Zhotovitelem, jeho zaměstnanci, smluvními partnery a poddodavateli, a to ve výši pojistného plnění minimálně 10 mil. Kč.“*
80. Nemohu souhlasit s opakovaným vyjádřením navrhovatele, že smlouva o dílo požaduje, aby byl v pojistné smlouvě výslovně uveden obsah čl. X smlouvy o dílo. Tento článek smlouvy o dílo pouze konstruuje prohlášení zhotovitele, že tomu tak skutečně je, tedy že je pokryta odpovědnost nejen zhotovitele, ale také jeho zaměstnanců, smluvních partnerů a poddodavatelů. Je tedy na dodavateli, aby dané požadavky do smlouvy zakomponoval tak, aby byl pojištěn v zadavatelem požadovaném rozsahu. Není však nutné, aby se jednalo o doslovné převzetí článku X smlouvy o dílo.
81. Je proto třeba vyvrátit tvrzení navrhovatele, že *„[p]ojistná smlouva však vedle pojištění vybraného dodavatele (zhotovitele) musí dle čl. X smlouvy o dílo na plnění této veřejné zakázky obsahovat mj. též pojištění pro případ odpovědnosti smluvních partnerů a poddodavatelů vybraného dodavatele.“*
82. Předseda Úřadu dále uvádí, že podle druhého oznámení o výběru dodavatele pojistná smlouva předložená vybraným dodavatelem obsahuje *„pojištění odpovědnosti za škodu vzniklou při provádění nebo v souvislosti s prováděním díla s min. výší pojistného plnění 10 mil. Kč – pojistná smlouva č. 41833181-34 s Českou pojišťovnou a.s.“*, *„pojištění třetích osob za škody na majetku, újmy na zdraví a smrti způsobené při provádění nebo v souvislosti s prováděním díla s min. výší pojistného plnění 10 mil. Kč - pojistná smlouva č. 41833181-34 s Českou pojišťovnou a.s.“* a zároveň čl. IX bod 5 smlouvy o dílo říká, že *„[z]a všechny škody způsobené třetími osobami v rámci provádění Díla odpovídá Objednateli přímo Zhotovitel“*. Nelze tak zadavateli vytknout, že by přijal pojistnou smlouvu nevyhovující požadavkům zadávací dokumentace.
83. K navrhovatelově poznámce o tom, že mu není známo, na základě jakého ustanovení není Úřad kompetentní k posuzování pojistné smlouvy jako takové, je potřeba uvést, že tento závěr Úřadu se zcela jistě nevztahoval k úplné rezignaci na posouzení pojistné smlouvy. Úřad je však kompetentní pouze do té míry, pokud se jedná o posouzení toho, zda je předložená pojistná smlouva v souladu se zadávacími podmínkami. Podle § 248 zákona totiž platí,

že Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami.

84. Namítaná věta, kterou Úřad uvedl v bodě 154 napadeného rozhodnutí, tak směřovala spíše k obsahu pojistné smlouvy nemajícího žádný význam pro předmětné správní řízení, jehož posuzování by bylo nadbytečné. To podporuje i fakt, že Úřad věcný závěr v témže bodě napadeného rozhodnutí vyslovil a na posouzení navrhovatelovy námitky nerezignoval.
85. Výše jsem tedy dospěl k závěru, že předmětná pojistná smlouva v rozporu se zadávacími podmínkami není, když z druhého oznámení o výběru dodavatele plyne její soulad s požadavky zadavatele. Setrval jsem proto na věcných závěrech Úřadu uvedených v bodech 153 a násl. napadeného rozhodnutí, které jsem doplnil o závěry uvedené výše.
86. Námitku jako celek je tak nutno odmítnout.

K seznamu dokladů podle § 123 písm. b) zákona

87. Navrhovatel má na rozdíl od Úřadu za to, že § 123 písm. b) zákona požaduje, aby součástí oznámení o výběru dodavatele byly veškeré doklady, které dodavatel předložil k prokázání kvalifikace a nikoliv pouze ty, kterými dodavatel svou kvalifikaci skutečně či domněle prokázal.
88. Jak již uvedl Úřad například v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0421/2019/VZ-01768/2020/532/MOn ze dne 5. 2. 2020, „[s]myslem oznámení o výběru je tedy transparentním způsobem zachytit, jakým způsobem byla kvalifikace vybraným dodavatelem prokázána“. To potvrzuje i komentářová literatura: „Z dokladů, kterými byla prokazována kvalifikace, je nezbytné uvést takové údaje, které jsou rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace. Zadavatel těmito údaji dokládá, že (...) kvalifikace vybraného dodavatele byla posouzena v souladu se zákonem stanovenými zadávacími podmínkami.“ (P. Herman, V. Fidler a kolektiv, *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*, Aleš a Čeněk, s.r.o., 2016, s. 314-315). S citovanými závěry se ztotožňuji.
89. Předseda Úřadu konstatuje, že ačkoliv z jazykového výkladu předmětného ustanovení by mohlo vyplývat, že zadavatel je povinen v oznámení o výběru dodavatele uvést veškeré dokumenty, kterými dodavatel prokazoval kvalifikaci, smysl ustanovení je jiný. Je jím především možnost kontroly od ostatních účastníků zadávacího řízení, zda dodavatel skutečně splňuje zadávací podmínky ve vztahu k požadované kvalifikaci, respektive zda toto splňují doklady, které zadavatel uvedl v oznámení o výběru dodavatele.
90. Souhlasím proto s Úřadem, který uvedl, že pouze doklady, kterými dodavatel svoji kvalifikaci prokázal, „mají pro ostatní účastníky řízení vypovídající hodnotu při případném posouzení toho, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Naopak doklady, kterými vybraný dodavatel svou kvalifikaci neprokázal, pak naopak zcela logicky nemají pro prokázání kvalifikace ani pro kontrolu postupu zadavatele při posouzení kvalifikace ostatními účastníky zadávacího řízení a následné zvažování dalších kroků ostatních účastníků zadávacího řízení žádnou vypovídající hodnotu. Není totiž možné vyvracet prokázání kvalifikace na základě dokladů, kterými nebyla vůbec prokazována“.
91. Pokud navrhovatel uvádí, že napadené rozhodnutí je vnitřně rozporné, když druhé oznámení o výběru dodavatele obsahuje referenční zakázky A, B, C i D, ačkoliv je kvalifikace splněna již referenčními zakázkami A, B a C, a tedy by druhé oznámení o výběru dodavatele nemělo

referenční zakázku D obsahovat, nemohu s ním souhlasit. Zákon nekonstruuje zákaz uvést v oznámení o výběru dodavatele něčeho navíc. Pokud tak zadavatel učinil (ať už omylem, z procesní opatrnosti nebo zcela záměrně), nelze mu to přičítat k tíži; stejně tak nemohu nalézt chybu v postupu Úřadu, který navrhovatelem namítanou vadu zadavateli nevytkl. Podle výše vyloženého smyslu je v oznámení o výběru dodavatele nutno uvést alespoň nejnižší míru dokladů, a to těch, kterými byla kvalifikace skutečně prokázána. Oznámení o výběru dodavatele, které obsahuje doklady i nad rámec požadovaného, nelze shledat vadným. Pro výše uvedené není ani možné označit napadené rozhodnutí vnitřně rozporným.

92. Navrhovatel také uvádí, že by postupoval jinak, pokud by například dodavatel předložil pět referenčních zakázek v případě, že by zadavatel požadoval jen dvě a v případě, že by dodavatel předložil právě dvě referenční zakázky. K tomu předseda Úřadu konstatuje, že postup dodavatele v zadávacím řízení, respektive při obraně proti postupu zadavatele, je výhradně na konkrétním dodavateli. Toto dílčí tvrzení navrhovatele je navíc zcela hypotetické, když modelový případ, který navrhovatel uvádí v rozkladu, v předmětném zadávacím řízení nenastal.
93. Úřad se vypořádáním této námitky zabýval podrobně také v napadeném rozhodnutí, a proto v dalším odkazují na jeho argumentaci v bodě 157 napadeného rozhodnutí, se kterou se plně ztotožňuji. Námitku je jako nedůvodnou nutno odmítnout.
94. Navrhovatel dále upozorňuje na skutečnost, že Úřad ve své argumentaci využívá mimo jiné komentářovou literaturu, jejímž autorem je mimo jiné autorský tým právního zástupce vybraného dodavatele, a Úřad tuto skutečnost v napadeném rozhodnutí nevedl.
95. K této námitce předseda Úřadu uvádí, že uvedená pasáž, která je součástí bodu 131 napadeného rozhodnutí, je řádně citována. To, že autorem publikace je autorský tým právního zástupce vybraného dodavatele, nebylo nijak zatajeno, jak se snaží navodit navrhovatel. Úřad navíc nepřebírá závěry obsažené v odborných publikacích nekriticky. Konfrontuje je s vlastní rozhodovací praxí a judikaturou správních soudů. Citovaný text je obecně platným závěrem týkajícím se odpovědnosti za prokázání splnění podmínek účasti a ustanovení § 46 zákona, který je Úřadem užíván běžně.
96. Ani tato navrhovatelova námitka tak nemůže obstát a jako nedůvodnou ji odmítám.

VI. Závěr

97. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu navrhovatele.
98. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.
99. S ohledem na zachování a utvrzení právní jistoty plynoucí z rozhodovací činnosti Úřadu na tomto místě uvádím, že v souladu s § 61 odst. 3 správního řádu právní mocí tohoto rozhodnutí o rozkladu nabývá právní moci i napadené rozhodnutí, v důsledku čehož pozbývají účinnosti veškerá předběžná opatření nařízená za účelem zajištění účelu tohoto správního řízení.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1, ve spojení s § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Jaromír Císař, Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha
2. JUDr. Marianna Svobodová, Václavská 316/12, 120 00 Praha
3. MT Legal, s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 1, 602 00 Brno, doručovací adresa Jugoslávská 620/29, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy